



Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Mestrado em Direito Público

2013

**A Culpa do Serviço como fundamento do dever de indemnizar por
parte da Administração Pública**

Mestranda Fátima Raquel dos Santos Dias

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

**A Culpa do Serviço como fundamento do dever de indemnizar por
parte da Administração Pública**

Fátima Raquel dos Santos Dias

Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa para cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito Público, realizada sob a orientação científica do Professor Doutor João Caupers.

Lisboa, Julho de 2013

A ti, Avó

“Porque eu sou do tamanho do que vejo
E não, do tamanho da minha altura...”

Agradecimentos

E como tudo o que se começa deve ser pelo princípio, é justamente a relembrar aqueles que contribuíram para que este estudo fosse possível que começamos.

À minha família, em especial aos meus pais e avô, por estar constantemente a valorizar o meu potencial e a expressar o orgulho que tem em mim e em tudo o que faço.

À minha irmã, que disse sempre estar tudo bem, mesmo sem perceber nada de direito.

Aos meus amigos e colegas, por todo o carinho e dedicação e pela forma simpática com que souberam “deixar passar” a minha tão forçada ausência.

A Ele, pela certeza de que continuará a estar presente nas minhas conquistas - porque a primeira impressão é a que marca, mas raramente é a que fica.

À FDUNL, e a todos os que nela trabalham, por me ter acolhido e feito crescer.

Ao meu orientador, o Professor Doutor João Caupers, pela compreensão e sabedoria, mas, principalmente, pela exigência. Foi um privilégio.

Um sincero obrigada a todas estas pessoas, por tudo.

Lisboa, 7 de Julho de 2013

Resumo

Com a evolução da concepção de Estado social de direito e com a modificação da concepção das relações entre a administração pública e os seus funcionários, a ideia de um Estado irresponsável foi-se perdendo e assistiu-se a uma cada vez mais crescente responsabilização administrativa por acções ou omissões que causem danos a particulares.

Depois de um tratamento negligente, e com um atraso significativo em relação ao sistema francês que o inspirou, o ordenamento jurídico português acolheu, primeiro na jurisprudência, depois na doutrina e por fim na legislação, com a Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro, a figura da culpa do serviço.

Este instituto fundamenta o dever da administração pública indemnizar o particular lesado, mesmo que não seja possível o apuramento concreto e individual do agente causador do dano. Considera-se que ocorreu um funcionamento anormal do serviço e o culpado é o serviço público, no geral.

Palavras – chave: Culpa do serviço – Estado - Funcionamento anormal - Responsabilidade Civil Administrativa – Serviço público

Résumé

Avec l'évolution de la conception de l'État social de droit et avec la modification de la conception des relations entre l'administration publique et ses fonctionnaires, l'idée d'un État irresponsable a commencé à disparaître et à donner lieu à une responsabilité administrative toujours en croissance envers des actions ou des omissions qui portent préjudice aux particuliers.

Après un comportement négligent, et avec un retard significatif par rapport au système français qui l' a inspiré, l'ordre juridique portugais a accueilli, d'abord dans la jurisprudence, ensuite dans la doctrine et, finalement, dans la législation, avec la loi, nº 67/2007 du 31 Décembre, la figure de la faute du service.

Cet institut fonde le devoir de l'administration publique de dédommager l'individu lésé, même si ce n'est point possible d'avérer l'auteur individuel et concret du préjudice. On considère que il y a eu un fonctionnement irrégulier et le service public, en général, en est responsabilisé.

Mots – clés: État – Faute du service – Fonctionnement irrégulier – Responsabilité Civile Administrative – Service public

Índice

	Páginas
Modo de citar e lista de abreviaturas	9
Notas introdutórias:	11
I. Exposição de motivos	12
II. Razão de Ordem	12
Capítulo I:	
A Responsabilidade Civil Administrativa	14
1.1. Evolução Histórica	16
1.1.1. Breve análise comparativa dos sistemas jurídicos Alemão, Americano, Espanhol, Francês e Português	18
Capítulo II:	
O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública	25
2.1. Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro	26
2.2. Pressupostos de aplicação	28
Capítulo III:	
A Teoria da Culpa do Serviço	36
3.1. Breve referência histórica e Razão de ser	38
3.2. O artigo 7º, nº 3 e 4 da Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro	41
3.2.1. Linha de separação entre a culpa pessoal e a culpa do serviço – o requisito da culpa anónima	43
3.2.2. O conceito de “funcionamento anormal do serviço”	47
3.3. Análise jurisprudencial – menção a acórdãos da ordem jurídica nacional e internacional	49

Síntese conclusiva	58
---------------------------	----

Bibliografia	61
---------------------	----

Modo de citar e lista de abreviaturas

O texto que se segue é de autoria pessoal e foi escrito nos termos do antigo acordo ortográfico.

Da primeira vez que se fizer uma referência bibliográfica, mencionar-se-á todos os elementos necessários à identificação da obra. Nas referências futuras, mencionar-se-á apenas o nome do autor e o título da obra, seguidos da abreviatura “cit.”.

Os acórdãos de jurisprudência portuguesa referidos foram consultados em www.dgsi.pt, salvo indicação expressa em contrário, em 3 de Julho de 2013.

Os acórdãos de jurisprudência francesa referidos foram consultados em www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/, salvo indicação expressa em contrário, em 3 de Julho de 2013.

Exceptuando os textos doutrinários e legislativos estrangeiros já consultados numa versão traduzida e sobre a qual declinamos qualquer responsabilidade, optámos por manter a versão originária.

Ao longo do texto são utilizadas as seguintes abreviaturas:

art. – artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

CA – Código Administrativo

cap. – capítulo

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

cfr. – confira

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

cit. – citado

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

ed. – edição

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

FA – II Foro Amministrativo

FDUL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)

LBA – Lei de Bases do Ambiente

LRCEE – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, publicada na 1ª série do Diário da República, nº 251, em 31 de Dezembro de 2007)

n. – nota

OA – Ordem dos Advogados

p. – página

pp. – páginas

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

Séc. – Século

ss. – seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TC – Tribunal Constitucional

TCA – Tribunal Central Administrativo

trad. – tradução

UTET – Unione Tipografico – Editricine Torinese

vol. - volume

Notas Introdutórias

Exposição de motivos

Razão de Ordem

I. Exposição de motivos

Decidimos eleger para objecto deste estudo o tema da culpa do serviço como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública por considerarmos ser do interesse académico e prático o aprofundamento desta teoria que, pela sua recente adopção no nosso ordenamento jurídico, ainda está pouco desenvolvida, sobretudo pela doutrina portuguesa, embora represente um avanço excepcional no Estado social de direito.

Não se trata de uma temática simples, por todas as vicissitudes que apresenta, nomeadamente o facto de estar na zona de confluência entre a responsabilidade pessoal e a responsabilidade estatal. É importante fixar as fronteiras de cada uma, sendo este um dos nossos objectivos.

Mas, o nosso propósito principal é o de contribuir para o esclarecimento dos motivos pelos quais o Estado responde financeiramente pelos prejuízos causados por uma prestação deficiente dos seus serviços, perspectivando esta responsabilidade da Administração em concordância com a actual lei vigente. Não aceitamos a concepção de um Estado isento de culpa e responsabilidade, porque, do nosso ponto de vista, isso traduz-se numa lesão aos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

II. Razão de ordem

Em traços breves, e apresentado o tema, cumpre expor o caminho traçado para o seu tratamento.

Por razões de rigor metodológico, faremos uma introdução geral ao tema da Responsabilidade Civil Administrativa, com invocação dos antecedentes históricos que precederam a actual forma de encarar a figura e a responsabilização do Estado. No campo do direito comparado, consideramos importante referir, ainda que sucintamente, o tratamento passado e presente que é dado a este tema, quer no nosso sistema jurídico, quer noutros. Disto nos ocuparemos no capítulo I.

De seguida, individualizaremos o regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, por ser este o âmbito de surgimento da figura da *faute du service*. Pretende-se, assim, uma progressiva focalização no objecto do nosso estudo. Desta forma, no capítulo II trataremos de analisar a Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro, evidenciando os aspectos inovadores desta em relação ao Decreto – Lei nº 48501 de 21 de Dezembro de 1967, nomeadamente a admissão em texto legislativo da culpa do serviço. Analisaremos, ainda, os pressupostos de aplicação da responsabilidade civil delitual da Administração Pública. Apesar de ser feita menção aos pressupostos coincidentes no direito civil, centraremos a presente análise nos aspectos particulares do direito administrativo.

Aqui chegados, é o momento de nos dedicarmos ao tema que preside o nosso estudo. Assim, no capítulo III, explanaremos a teoria da culpa do serviço, com alusão ao modo como surgiu e ao porquê de ter surgido. Centraremos a nossa análise no artigo 7º, nº 3 e 4 da Lei nº 67/2007 e dedicaremos ainda algumas linhas à definição de conceitos importantes para a aplicabilidade desta figura, como culpa anónima e funcionamento anormal do serviço, este último nas suas diversas modalidades. Com referência a acórdãos franceses e portugueses, faremos uma análise jurisprudencial para que, em jeito de resumo, se perceba o acolhimento e consequente tratamento que a *faute du service* foi tendo junto dos tribunais.

Por último, apresentaremos as conclusões a que os argumentos aludidos nas partes anteriores nos permitiram chegar, juntamente com a reflexão que fizemos dos mesmos.

Capítulo I

A Responsabilidade Civil Administrativa

Por responsabilidade entende-se a “obrigação que recai sobre qualquer pessoa singular ou colectiva de direito privado ou de direito público para reparar um dano de que foi causadora (responsabilidade extracontratual) ou para ressarcir os prejuízos causados pela inexecução de cláusulas contratuais (responsabilidade contratual)”¹.

Para o nosso estudo importa centrarmos-nos na responsabilidade civil² inerente às pessoas colectivas públicas³, não sem antes, e seguindo a sugestão do Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral⁴, chamarmos à atenção para o facto de que o termo civil não remete, de todo, esta matéria para o domínio do Direito Civil. O termo civil significa, somente, que estamos perante uma responsabilidade por perdas e danos que se traduz na obrigação de indemnizar⁵.

Assim, por responsabilidade civil da Administração⁶ deve entender-se “a obrigação jurídica que recai sobre qualquer pessoa colectiva pública de indemnizar os danos que tiver causado aos particulares no desempenho das suas funções”⁷.

¹ ANTÓNIO ESTEVES FERMIANO RATO, *Responsabilidade*, in Dicionário Jurídico da Administração Pública (Direcção de José Pedro Fernandes), Vol. VII, Lisboa, Edição de Autor, 1996, p. 261.

² As responsabilidades disciplinar e criminal, embora de reconhecido interesse, são afastadas do nosso estudo por uma questão de concentração do mesmo no objecto de análise e de economia de espaço.

³ Aquela que prossegue o interesse público de forma imediata, necessária e originária - MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Organização Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo II, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p. 3.

⁴ *Direito Administrativo*, vol. III, Lisboa, 1989

⁵ E não na sujeição a sanções disciplinares ou criminais, como acontece nas responsabilidades disciplinar ou penal.

⁶ Tal como JOSÉ LUÍS MOREIRA DA SILVA em *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, coordenação de Fausto de Quadros, Coimbra: Almedina, 1995– Da Responsabilidade Civil da Administração Pública por Actos Ilícitos, p. 138, assimilaremos o conceito de Administração Pública no seu sentido orgânico, isto é, como um “sistema de órgãos, serviços e agentes que asseguram em nome da colectividade a satisfação regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem – estar” – DIOGO FREITAS DO AMARAL em *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 36 – 37.

⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL – *Direito Administrativo*, cit., p. 474. Pelo motivo atrás invocado, vide n. 2, trataremos apenas, como o título do presente cap. indica, da responsabilidade civil do Estado no exercício da função administrativa, afastando, desta forma, a responsabilidade civil do Estado no exercício das funções jurisdicional e político – legislativa.

São duas as modalidades: a responsabilidade civil contratual da Administração Pública⁸, cuja análise detalhada afastamos deste trabalho por se distanciar do nosso objecto de investigação, e a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, cuja análise detalhada remetemos para o cap. III.

1.1. Evolução histórica

A noção de *potestas*⁹ herdada do Direito Romano¹⁰, a fundamentação divina do poder régio¹¹, as concepções bodiniana¹² e hobbesiana¹³ da soberania, e a imunidade de jurisdição da coroa¹⁴, influenciaram o Estado absoluto no modo de encarar a actuação do poder público. Assim, independentemente dos prejuízos causados aos particulares, aquele era considerado irresponsável¹⁵.

No período do Estado de polícia, o Estado poderia ser responsabilizado, embora

⁸ Com especificidades muito próprias.

⁹ Do latim, significa poder, faculdade ou competência. Na política romana, significava o poder de facto de administrar coisas e pessoas.

¹⁰ Na nossa opinião, isto não deixa de ser curioso e, ao mesmo tempo, paradoxal, na medida em que no Direito Romano já surgiam situações de responsabilidade de entidades públicas por actos lícitos, mais concretamente pela expropriação. Sobre esta questão, vide JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO – *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, 1974, pp. 30-31.

¹¹ “*The king must not be under man but under God and under the law, because it is the law that makes the King*” em WILLIAM WADE/C.F. FORSITH – *Administrative Law*, 9ª edition, New York: Oxford University Press, 2004, p. 809.

¹² “*La souveraineté n'est limitée, ni en puissance, ni en charge*”.

¹³ “*Princeps legibus solutus*”.

¹⁴ “O que quer que faça o rei, ele jamais se expõe à vergonha, no êxito ou na desgraça. Vencedor ou vencido, as suas decisões são sempre de um rei” em NICOLAU MAQUIAVEL – *O Príncipe* (trad. de *Il Príncipe* por António Simões do Paço), Edição Coisas de Ler, 2003

¹⁵ “*The king can do no wrong*” – máxima citada por MARIA DA GLÓRIA GARCIA – *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas* – Conselho Económico e Social, Lisboa: 1997, p. 4; “*le roi ne peut mal faire*” e “*quod principi placuit habet legis vigorem*” – máximas citadas por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO – *Direito Administrativo*, 13ªed., São Paulo: Atlas, 2001

apenas nas relações patrimoniais¹⁶. Isto também acontecia no liberalismo oitocentista, apesar de ter continuado a vigorar o princípio da irresponsabilidade do Estado nas restantes situações – nestas, os particulares lesados apenas poderiam obter qualquer tipo de compensação junto dos funcionários administrativos e a título meramente pessoal. Para a afirmação daquele princípio contribuíram as constantes preocupações, por um lado, de afirmação da supremacia da administração face aos particulares e, por outro lado, de subtracção da mesma aos esquemas igualitários vigentes no direito privado. Em última análise, recorria-se à fórmula de E. Laferrière¹⁷ – “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensações”.

Progressivamente, as concepções religiosas e tecnocráticas sobre a origem do poder político¹⁸ foram-se reformulando, assim como a concepção das relações entre a Administração Pública e os seus funcionários¹⁹, o que tornou viável o princípio da responsabilidade do Estado. Neste contexto, a transição para o Estado Liberal impôs-se e, com ele, a responsabilidade do Estado. Até porque, nas palavras do Professor Cunha Gonçalves, a “irresponsabilidade só era concebível na época em que a coisa pública pertencia a um só indivíduo ou a uma só classe, sendo até sacrilégio duvidar da impecabilidade das autoridades, como sob a tirania bizantina”²⁰.

Em suma, “vão longe os tempos em que imperava o princípio da irresponsabilidade do Estado e dos seus agentes pelos ilícitos cometidos no exercício das diversas funções públicas”²¹, sendo que a responsabilização civil destes foi “o

¹⁶ Teoria do fisco, desenvolvida por autores alemães – o fisco, entidade de direito privado, era o proprietário do património público. Assim, os particulares podiam ser ressarcidos, sem que a autoridade estatal fosse posta em causa, pois tudo se passava no domínio do direito civil.

¹⁷ Cit. por LAUDABÈRE - *Traité élémentaire de Droit Administratif*, vol. I, 5ª ed., 1990, p. 638.

¹⁸ A autoridade do poder público emanava de uma entidade superior: Deus ou o Papa, o seu representante. Cfr. TIAGO VIANA BARRA – *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, Tese de mestrado, FDUL, 2011, p. 124, n. 23.

¹⁹ Este motivo é, no nosso entender, o que mais influenciou a gradual responsabilização da Administração Pública e será, por isso, retomado no cap. III, ponto 3.2.

²⁰ CUNHA GONÇALVES – *A Responsabilidade da Administração Pública pelos Actos dos seus Agentes*,

Coimbra: 1905, p. 18.

²¹ MARIA DA GLÓRIA GARCIA – *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas*

Públicas, cit. , p. 4.

resultado de um processo de sedimentação ao longo de séculos de História”²²²³, “uma conquista do século XX e, em particular, do Estado social de direito”²⁴. Afinal, os poderes do Estado devem subordinar-se à confiança e à lei²⁵, enquanto forma de sobrevivência da sociedade, o que só é exequível atendendo à teoria da separação dos poderes e à limitação e subordinação dos mesmos à Constituição²⁶.

1.1.1. Análise comparativa dos sistemas jurídicos alemão, americano, espanhol, francês, inglês, e português

Na Alemanha, a responsabilidade civil administrativa foi consagrada pelo art. 131º da Constituição de Weimar²⁷ e, posteriormente, pelo art. 34º GG de 1939²⁸. Da junção destes dois preceitos legais é possível extrair-se uma obrigação do Estado de reparar os danos causados a terceiros, quando alguém, no desempenho das suas funções, viole de forma culposa o dever de função que lhe está imposto perante o lesado. Contudo, se ao invés de actuar culposamente, o autor material do facto ilícito actuar com mera negligência, a responsabilidade do Estado será subsidiária, pois o lesado poder-se-á dirigir a um terceiro para obter a reparação dos danos – art. 839º, n.º 1 do BGB. Nestes termos, não existirá obrigação de ressarcimento quando o lesado tiver, por via da lei (segurança social) ou por via do contrato (contrato de seguro), uma pretensão

²² MARIA DA GLÓRIA GARCIA – *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas*

Públicas, cit. , p. 4

²³ Vide cap. I, ponto 1.1.1..

²⁴ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008, p.12.

²⁵ MONTESQUIEU – *De l'esprit des lois*, Tome Premier, Paris: Librairie Garnier Frères, 1927, p. 135.

²⁶ BENJAMIN CONSTANT – *Cours de Politique Constitutionnelle*, I, Paris, 1861, pp. 15, 16 e 282.

²⁷ “Caso um funcionário, no exercício do poder público a ele confiado, viole o dever de função que lhe caiba perante um terceiro, surge uma responsabilidade principal do Estado ou da Corporação a cujo serviço o funcionário se encontre. É assegurado o regresso contra o funcionário. O procedimento ordinário não deve ser excluído. A regulamentação depende da legislação competente”.

²⁸ “Caso alguém, no exercício de uma função pública que lhe tenha sido confiada, viole o seu dever de função que lhe caiba perante um terceiro, surge uma responsabilidade principal do Estado ou da Corporação a cujo serviço ele se encontre. Havendo dolo ou grave negligência, mantém-se o direito de regresso. Para a pretensão de indemnização ou para o regresso não pode ser excluído o procedimento jurídico ordinário”.

apta, em confronto com um terceiro, ao ressarcimento do dano sofrido. *In casu*, se o lesado não accionar, com culpa, qualquer uma daquelas vias, mesmo tendo essa possibilidade, deixa de poder exigir do Estado ou do funcionário o ressarcimento dos danos. Isto é, sendo a responsabilidade do Estado subsidiária e, por isso, só atendível quando o lesado não disponha de outra via para ser indemnizado dos danos sofridos, não faz sentido que aquele responda pela não actuação do lesado face a terceiros²⁹. É importante mencionar que, posteriormente, foi aprovada a Lei da Responsabilidade do Estado, a 26 de Junho de 1981, que veio a ser declarada nula pelo Tribunal Constitucional alemão, a 19 de Outubro de 1982, o que originou um vazio da legislação federal neste campo que ainda hoje se mantém³⁰.

Nos Estados Unidos, só em 1946, com o *Federal Torts Claims Act*, se efectivou a responsabilidade civil do Estado. Até então, vigorava a regra da irresponsabilidade, embora com alguns desvios.

Em Espanha, com a Constituição republicana de 1931³¹, afirmou-se a

²⁹ REINHARD MURBGNUG – *La responsabilità dello Stato per i, comportamento illecito dei suoi organi nell’ ordinamento della Repubblica Federale di Germania* em FA, II, 1976, p. 402; GUNTHER JAENICKE/PETER SELMER – *La responsabilità dello Stato per l’ azione antigiuridica dei suoi organi nella Repubblica Federale Tedesca* em Studi di Diritto Pubblico Comparato, IV – La responsabilità della Pubblica Amministrazione, Torino: UTET, 1976, p. 120.

³⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO - *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações*, vol. II, Tomo III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 627.

³¹ Art. 41º - “As nomeações, excedências e aposentações dos funcionários públicos far-se-ão conforme as leis. A sua inamovibilidade garante-se pela Constituição. A separação do serviço, as suspensões e as transferências só terão lugar por causas justificadas previstas na lei. Não se poderá molestar nem perseguir nenhum funcionário público pelas suas opiniões políticas, sociais ou religiosas. Se o funcionário público, no exercício do seu cargo, infringir os seus deveres com prejuízo de terceiro, o Estado ou a Corporação a quem sirva serão subsidiariamente responsáveis dos danos e prejuízos decorrentes, conforme determine a lei. Os funcionários públicos civis poderão constituir Associações profissionais que não impliquem ingerência no serviço público que lhes estiver confiado. As Associações profissionais de funcionários públicos regular-se-ão por uma lei. Estas Associações poderão recorrer aos Tribunais contra os acordos de superioridade que violem os direitos dos funcionários públicos”.

responsabilidade civil da administração. Porém, esta responsabilidade era apenas subsidiária em relação à dos seus titulares de órgãos, funcionários e agentes.

De 1935 em diante, começou a surgir um princípio geral de responsabilidade civil da administração municipal que viria a consagrar, em 1954 na Lei da Expropriação Forçada, um princípio de responsabilidade civil da administração em geral.

Este princípio veio explanado na Lei do Regime Jurídico da Administração do Estado (1957) e na Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (1992).

Em França, país pioneiro neste domínio, a responsabilidade civil administrativa começou a individualizar-se da responsabilidade civil geral logo em 1873, através da jurisprudência do Conselho de Estado, mais concretamente com o *arrêt Blanco* que declarou a competência jurisdicional dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade civil administrativa³² e com o *arrêt Pelletier* que deu início a uma tendência para a desvalorização da responsabilidade pessoal dos funcionários³³.

O primeiro dos muitos resultados significativos desta evolução foi o *arrêt Anguet* (1911), no qual se admitiu pela primeira vez a responsabilidade coincidente da administração e dos seus titulares de órgãos, funcionários e agentes em caso de factos ilícitos e culposos funcionais³⁴.

Ainda hoje, o sistema francês de responsabilidade civil é de base, essencialmente,

³² Independentemente de lei expressa, pois a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares em consequência da prática de actos por funcionários do serviço público tem regras próprias e não está sujeita a regras privatísticas.

³³ Ao estabelecer que, numa decisão ilegal tomada pelo representante do poder público, a ilegalidade estava no acto e não no decisor, este ac. afastou a culpa do funcionário da administração pública.

³⁴ Estes dois tipos de culpa geradores de responsabilidade podem coexistir. A aceitação desta premissa facilitou a aceitação de uma responsabilidade civil, solidária ou não, da administração pública. Também o ac. *Lemonnier* (1918) vai neste sentido.

jurisprudencial.

Em Inglaterra, foi o *Crown Proceedings Act* de 1947 que consagrou a responsabilidade civil da Coroa³⁵ e que, na tradição anglo-saxónica, lhe manda aplicar o regime da responsabilidade civil de direito comum. A responsabilidade civil da Coroa por actos de polícia só foi, no entanto, instituída em 1964.

Em Portugal, podemos afirmar que o regime da responsabilidade do Estado andou ao mesmo ritmo das constituições informais portuguesas, percorrendo sete séculos de história (1143 – 1822)³⁶.

A Constituição de 1822, onde se fez referência à responsabilidade dos funcionários públicos pelos danos ilícitos cometidos no exercício das suas funções, rompeu com o princípio de que o Estado português era irresponsável³⁷.

Também o CC de Seabra, de 1867, afirmava este princípio, nos seus artigos

³⁵ Antes, os danos resultantes da acção dos agentes administrativos eram, na íntegra, imputados aos próprios autores dos danos que, desta forma, eram condenados a indemnizar, a título pessoal, os lesados. Eram duas as críticas apontadas a este modelo: (i) por um lado, o lesado ficava dependente do património pessoal do agente administrativo, que podia ser escasso, para se ver compensado dos danos sofridos, (ii) por outro lado, gerava-se um certo afastamento das pessoas da função administrativa, com o fundado receio de vir a ser responsabilizado. Cfr. MARIA DA GLÓRIA GARCIA – *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994, p. 295 – 296.

³⁶ JORGE MIRANDA em *As Constituições Portuguesas* (De 1822 ao texto actual da Constituição), 5ª ed., Lisboa: Livraria Petrony, 2004, p. 9, identifica três grandes períodos que tiveram influência directa na História Constitucional: o período das constituições liberais, o da Constituição de 1933 e o da Constituição de 1976.

³⁷ Embora não se consagrasse a responsabilidade da administração, o título I, no seu art. 14º, previa que “*Todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de ofício e abusos de poder, na conformidade da Constituição e da Lei*”. Apesar de ser um princípio pessoal e exclusivo dos titulares de cargos públicos, já era um ponto de partida para a responsabilidade civil administrativa. Cfr. MARGARIDA CORTEZ – *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado* (Trabalhos preparatórios da reforma), em BFDUC, Coimbra Editora, 2000, p. 11.

2399³⁸ e 2400³⁹.

Em 1930, mais concretamente a 16 de Dezembro, o Decreto – Lei 19126 fez operar uma reforma que tornou o Estado solidariamente responsável pelos danos ilícitos praticados por funcionários⁴⁰.

A Constituição de 1933 atribuiu ao Estado, no art. 8º, n.º 17⁴¹, o dever de reparar os danos a que desse causa. Na prática, contudo, este dever era facilmente contornável, pois os termos em que a Constituição o consagrava punha na dependência de uma lei ordinária a invocação do direito a ser indemnizado por parte dos cidadãos⁴².

O CA de 1936 veio estabelecer a responsabilidade das autarquias locais, criando uma responsabilidade funcional e uma responsabilidade pessoal, nos seus artigos 310º e 311º, cujos conteúdos passaram para os artigos 366º⁴³ e 367º⁴⁴ na revisão feita ao CA

³⁸ “Os empregados públicos, de qualquer ordem ou graduação que sejam, não são responsáveis pelas perdas e danos, que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei”.

³⁹ “Se os ditos empregados, excedendo as suas atribuições legais, praticarem actos, de que resultem para outrem perdas e danos, serão responsáveis do mesmo modo que os simples cidadãos”.

⁴⁰ O art. 2399º do CC de Seabra passou a ter a seguinte redacção: “Os empregados públicos de qualquer ordem ou graduação que sejam não são responsáveis pelas perdas e danos que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei, sendo neste caso solidariamente com eles responsáveis as entidades de que foram serventuários”.

⁴¹ “Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: o direito de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária”.

⁴² MARIA DA GLÓRIA GARCIA – *A Responsabilidade Civil do Estado e Demais Pessoas Colectivas Públicas*, cit., p. 12.

⁴³ “O concelho, a freguesia e a província respondem civilmente pelas perdas e danos resultantes das deliberações dos respectivos corpos administrativos ou dos actos que os seus órgãos executivos, funcionários, assalariados ou representantes praticarem com ofensa de lei, mas dentro das respectivas atribuições e competências, com observância das formalidades essenciais e para a realização dos fins legais. Os concelhos respondem ainda, nos termos estabelecidos neste artigo, pelos actos dos administradores e gerentes dos serviços municipalizados e das juntas de turismo, e os concelhos e freguesias pelos actos dos órgãos das federações de município e das uniões de freguesia, respectivamente”.

em 1940 (Decreto – Lei n.º 31095 de 31 de Dezembro).

Em 1967, surgiu o Decreto – Lei n.º 48051, de 21 de Novembro, que regulou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado⁴⁵ e que se veio a revelar insuficiente dada a crescente complexidade da matéria.

Actualmente, a CRP reconhece a responsabilidade civil administrativa do Estado, no seu art. 22º⁴⁶, assim como a dos funcionários administrativos, no seu art. 271º⁴⁷.

Em relação ao art. 22º é importante chamar à atenção para o facto do mesmo estar inserido no Título I da Parte I da CRP (Direitos e Deveres Fundamentais): é prova da importância que a responsabilidade das entidades públicas tem, nos dias de hoje, na ordem jurídica interna, ao ponto de merecer consagração constitucional.

Esta, assim, institucionalizado o sistema de protecção constitucional do particular

⁴⁴ “Os presidentes, vogais, funcionários, assalariados ou representantes dos órgãos administrativos, e bem assim os administradores e gerentes dos serviços municipalizados, federações de municípios e uniões de freguesias, são pessoalmente responsáveis pelos actos em que intervenham e de que resultem para outrem perdas e danos, sempre que aqueles não tenham sido praticados dentro das suas atribuições e competência, com observância das formalidades essenciais e para a realização dos fins legais”.

⁴⁵ Estamos a referir-nos à responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos de gestão pública, uma vez que a responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos de gestão privada estava e está regulada no CC. Vide art. 500 e 501º do CC. Podemos afirmar que se trata de uma responsabilidade objectiva quanto ao fundamento, mas subjectiva quanto aos requisitos.

⁴⁶ “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”. Perfilhamos o entendimento de que esta disposição legal se aplica quer à responsabilidade civil por actos lícitos e ilícitos, quer a responsabilidade civil pelo risco: GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, 4ª ed., artigos 1º ao 107º, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, anotação III ao art. 22º, p. 169.

⁴⁷ N.º 1: “1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica”.

perante os poderes públicos⁴⁸ - a reparação dos danos é um direito fundamental dos particulares, análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da CRP (art. 17º)⁴⁹.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas está regulada pela LRCEE que entrou em vigor a 30 de Janeiro de 2008⁵⁰ e cujo estudo remetemos para o cap. II, ponto 2.1..

⁴⁸ Cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA – *Responsabilidade Civil Extra – Contratual do Estado. A Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro*, Lisboa: Edição Abreu & Marques, Vinhas e Associados, 2008, p. 15.

⁴⁹ Vide ac. nº 45/99 do Tribunal Constitucional – o artigo 22º consagra “o direito do particular à reparação”.

⁵⁰ Quase simultaneamente com o CCP que regulou, pela primeira vez, a questão da responsabilidade civil administrativa contratual.

Capítulo II

A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública

A responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública é, como já vimos (cap. I), uma modalidade da responsabilidade civil administrativa. Nos termos do art. 483º do CC, por responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito¹ entende-se “a obrigação de reparação de um dano advindo da violação culposa de deveres gerais de conduta impostos por lei para protecção geral”. Abrange duas modalidades específicas: a responsabilidade por facto lícito e a responsabilidade pelo risco, além de se aplicar a todas as actuações ilícitas civis não subsumíveis à responsabilidade contratual².

Em traços breves, estamos perante um caso de responsabilidade por facto lícito quando se pratica um acto que, embora previsto na lei, causa prejuízo a outrem sem que este se possa opor à sua prática. O que acontece é que, e apesar do acto praticado estar de acordo com o estabelecido na lei, o terceiro prejudicado tem direito a ser indemnizado³. Se se tratar de um acto que esteja catalogado como resultante de uma actividade especialmente perigosa e, portanto, com riscos próprios associados, o lesado tem direito a ser indemnizado, no âmbito da responsabilidade pelo risco⁴. Ambas são modalidades de responsabilidade objectiva, pois prescindem da reprovação da ordem jurídica para darem origem a um ressarcimento.

2.1. A Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro

Depois de um projecto de lei e de três propostas de lei, a LRCEE foi, finalmente, aprovada e, com ela, o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Estão, pela primeira vez, abrangidas as funções administrativa, legislativa e judicial – art. 1, n.º 1.

¹ A teoria da *faute du service*, alvo principal do nosso estudo, integra este tipo de responsabilidade, pelo que será nela que centraremos o presente cap., sem prejuízo de serem feitas referências às restantes modalidades.

² Cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA – *Dicionário dos Contratos Públicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 423.

³ É o que acontece quando há lugar a uma expropriação, por exemplo. *Vide* art. 351º do CCP.

⁴ *Vide* art. 41º da LBA, por exemplo.

Dividida em quatro capítulos, num total de dezasseis artigos, a LRCEE contribuiu, de forma bastante relevante, para a sedimentação da responsabilidade civil do Estado ao regular inúmeros aspectos que, até então, ou estavam omissos, ou estavam regulados de forma ambígua.

Um destes aspectos prende-se com a já comum distinção entre actos de gestão privada⁵ e actos de gestão pública⁶ e, consequentemente, com a jurisdição dos mesmos. O art. 1º, n.º 2 da LRCEE, ao estipular que *“para os efeitos do disposto no número anterior, correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”*, alarga o âmbito de aplicação às pessoas colectivas de direito privado, encerrando, desta forma e nas palavras do Professor Vasco Pereira da Silva⁷, *“a porta de fuga para o direito privado”*⁸.

Outro aspecto relevante é o que decorre da leitura do art. 1º, n.º 5: são responsáveis os titulares dos órgãos, funcionários e agentes das pessoas colectivas de direito público e ainda os trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes

⁵ “Os que se compreendem numa actividade em que uma pessoa colectiva, despida do poder público se encontra e actua numa posição de paridade com os particulares a que os actos respeitam e, portanto, nas mesmas condições e no mesmo regime em que poderia proceder um particular, com submissão às normas de direito privado” - António Esteves Fermiano Rato, *Responsabilidade*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, cit., p. 265.

⁶ “Os que se compreendem no exercício de um poder público, integrando, eles mesmos, a realização de uma função pública da pessoa colectiva, independentemente de envolverem ou não o exercício de meios de coerção e independentemente ainda das regras técnicas ou de outra natureza que na prática dos actos devam ser observados” - António Esteves Fermiano Rato, *Responsabilidade*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, cit., p. 265.

⁷ VASCO PEREIRA DA SILVA – *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2009, p. 547.

⁸ O art. 4º, n.º 1, alíneas g) e h) do ETAF, estabelece a competência dos tribunais administrativos para julgar litígios onde um dano seja imputado a um facto praticado por uma entidade pública. Para o Professor Menezes Cordeiro em *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações*, vol. II, Tomo III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, p. 645, esta norma foi o fim da distinção entre gestão privada e gestão pública.

legais ou auxiliares das pessoas colectivas de direito privado no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo⁹.

Um aspecto importante reside no art. 6º e na consequente obrigatoriedade do direito de regresso, pois perante a culpa ou o dolo dos agentes do Estado não seria justo para o próprio cidadão lesado que apenas aquele fosse chamado a responder pelos danos e a suportar a indemnização: o cidadão seria lesado duplamente, pois é com o dinheiro público, e por isso com o seu contributo, que o Estado repara os prejuízos causados.

Mas o aspecto fundamental da LRCEE, não só por incidir explicitamente sobre o tema do nosso trabalho, mas também por ter representado a consagração legal de um instituto há já algum tempo reclamado pela jurisprudência, conforme vamos ver no cap. III, ponto 3.1., é a invocação da figura da *faute du service* – art. 7º, nº 3.

2.2. Pressupostos de aplicação

Para que haja responsabilidade civil delitual da Administração e, o daí decorrente, dever de indemnizar, é imperativo que se verifiquem os cinco requisitos resultantes dos artigos 7º, nº 1 e 8º, nº 1 e nº 2 da LRCEE. A saber, à semelhança do regime privado: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Se algum destes requisitos não estiver preenchido, cessa automaticamente a responsabilidade civil

⁹ Esta extensão da responsabilidade administrativa às pessoas colectivas de direito privado demonstra a diversidade de regimes substantivos a que estas entidades podem estar sujeitas. No entanto, por força do art. 4º, nº 1, alínea i) do ETAF, as “entidades privadas de mão pública”, nas palavras do Professor CARLOS CADILHA em *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*, in Revista do CEJ, nº 11, 2009, p. 245 – 263, p. 2, estão sob a alçada dos tribunais administrativos, o que significa que à não unidade de regimes jurídicos substantivos corresponde uma unidade de jurisdição.

¹⁰ “O direito administrativo é, assim, o direito excepcional das entidades privadas que integram a Administração Pública, e só no estrito âmbito em que actuem de acordo com essa disciplina é que poderão encontrar-se abrangidas pelo regime de responsabilidade administrativa da LRCEE” – CARLOS CADILHA, cit., p. 3.

delitual¹¹ da Administração.

a) O facto voluntário é o primeiro pressuposto que condiciona a existência de responsabilidade civil. Ou seja, para que haja responsabilidade civil delitual é preciso que os danos tenham sido provocados por um facto humano dominável pela vontade. Estão, desta forma, excluídos desta noção de facto, os actos naturais ou reflexos e os actos praticados sob coacção física, pois, nestas situações, já não serão voluntários. É muito importante referir que o conceito de acto compreende quer a acção, quer a omissão. Constituem factos voluntários tanto os actos como os regulamentos administrativos, assim como as simples actuações administrativas que, de através de uma acção directamente danosa ou da falta ao dever de garante, lesem as posições jurídicas subjectivas de um terceiro.

b) A ilicitude é o segundo pressuposto e está directamente associada ao facto voluntário. Assim, o facto, além de voluntário, tem de ser ilícito. Quer isto dizer que tem de ser contrário à ordem jurídica: “são ilícitos os actos que violem princípios ou regras constitucionais, legais ou regulamentares (ou ainda internacionais ou comunitários) ou infrinjam regras técnicas ou deveres objectivos de cuidado (art. 9º, n.º1, RRCEC), bem como aqueles que violem os parâmetros pelos quais deve reger-se o funcionamento normal do serviço (art. 9º, n.º2, RRCEC)”¹². Mas não é qualquer violação ao chamado “bloco de legalidade” que deve ser tratada como geradora de responsabilidade civil delitual. Só o será se o facto voluntário violar a norma que tutela a posição jurídica subjectiva cujo dano se pretende reparar. Desta forma, haverá ilicitude se se violarem direitos subjectivos ou normas de protecção, podendo ainda existir em casos especificamente regulados para a responsabilidade civil administrativa¹³.

¹¹ O que não significa que não se possa recorrer a uma das outras duas modalidades da responsabilidade civil da Administração para indemnizar o lesado. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., pp. 19 – 20.

¹² MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 21.

¹³ Vide art. 7º, n.º 2 do CPA, a respeito da prestação de informações.

Apesar de não estarem reguladas no LRCEE, é importante fazer referência às causas de justificação da ilicitude, pois a ocorrência de qualquer uma delas põe fim à responsabilidade civil delitual administrativa. O regime aplicável às mesmas resulta da conjugação da CRP com os princípios gerais da actividade administrativa e da responsabilidade civil.

O cumprimento de um dever é, naturalmente, uma das causas de justificação da ilicitude, porque, se assim não fosse, o sistema jurídico deixaria de ser homogéneo e passaria a ser considerado como um ser fragmentado. Isto é, o sistema jurídico tem de ser considerado e respeitado como um todo. Muitas vezes, em situações do quotidiano, não é possível conjugar, sem causar danos, as diversas normas jurídicas. Nestes casos, há que atender aos critérios de prevalência de normas ou, se tal não for suficiente para solucionar a questão, fazer um juízo de ponderação e atender ao dever que o ordenamento jurídico protege com maior ênfase. Assim, será lícito que se causem danos decorrentes da adopção de uma determinada conduta em benefício de outra conduta mais relevante, sem que os prejuízos causados sejam censuráveis pela ordem jurídica e, em consequência disso, indemnizáveis.

O estado de necessidade, outra das causas de justificação da ilicitude, é referido em diversos preceitos administrativos, embora não se encontre definido na legislação administrativa portuguesa. Assentimos com a percepção predominante ¹⁴ de que o direito administrativo acolheu os pressupostos do estado de necessidade e os requisitos das condutas adoptadas ao seu abrigo, nos moldes do art. 339º do CC. No entanto, revela-se útil a leitura do art. 3º, n.º 2 do CPA ¹⁵, pois extrai-se deste preceito a aplicação prática do princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos: o resultado que se tem

¹⁴ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 22.

¹⁵ “*Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração*”.

em vista obter com a actuação administrativa em estado de necessidade não é susceptível de ser obtido de outro modo. Terá que ser, portanto, um acto estritamente necessário e proporcional, na relação benefício/sacrifício. Curioso é o facto da disposição legal em apreço prever expressamente¹⁶ a indemnização ao lesado, o que se fará através do instituto da responsabilidade civil administrativa por facto lícito¹⁷¹⁸.

*In volenti non fit injuria*¹⁹: desta expressão resulta mais uma causa de justificação da ilicitude. O consentimento do lesado, como causa justificativa, assenta na teoria de que não faz sentido obrigar à compensação do prejuízo se o lesado anuiu na sua produção. Apesar do direito administrativo não regradar especificamente este instituto e do mesmo estar, por isso, na dependência do CC, há um desvio ao regime regra²⁰: a actuação administrativa está sujeita ao princípio da legalidade²¹, o qual lhe deve preceder. Posto isto, o consentimento do lesado só será uma causa de justificação da ilicitude, se tal for normativamente admitido.

Por último, a legítima defesa, prevista no art. 21º da CRP²²²³. Os requisitos da

¹⁶ Vide n. 58 do presente cap.

¹⁷ Art. 16º, LRCEE.

¹⁸ Vide art. 62º, nº 2 da CRP, como exemplo.

¹⁹ “Com disposição, não há prejuízo”.

²⁰ O consentimento do lesado é válido como causa de justificação da ilicitude, a não ser que esteja em causa um direito indisponível ou quando tal seja juridicamente proibido.

²¹ Art. 3º, n.º 1 do CPA – “Os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos”.

²² “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

²³ Permitimo-nos discordar dos Professores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos em

MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., pp. 23 – 24. Não cremos que esta previsão tenha sido especificamente pensada para as pessoas de direito privado. Afinal, trata-se de uma norma constitucional, contida nos princípios gerais e, por isso, destinada a todos aqueles que se encontram sob o domínio da CRP. Não faria sentido pensar-se neste artigo como uma norma que limitava, *a priori*, os cidadãos integrantes da Administração Pública ou das forças do Estado, por exemplo, nos seus meios de defesa, enquanto estivessem no exercício das suas funções.

justificação coincidem com os estipulados no art. 337º, n.º 1 do CC e assentam, principalmente, em juízos de proporcionalidade: a agressão da qual o agente se defende deve ser actual e ilícita²⁴, não podendo ser afastada de outra maneira. O meio de defesa deve ser ponderado em função do meio de ataque para que o dano causado não seja manifestamente superior ao evitado.

c) A culpa é o terceiro e, talvez, mais complexo pressuposto. Age com culpa quem prescinde do zelo que a lei impõe para a conduta que deu origem ao dano. Assim, o juízo de culpabilidade formulado pela ordem jurídica resulta da apreciação em concreto das circunstâncias de cada caso²⁵ em articulação com a “*diligência e aptidão que seja razoável exigir*”²⁶. O problema reside no facto da LRCEE não esclarecer os graus de diligência e aptidão exigidos²⁷. A solução parece estar na lei civil, mais concretamente no art. 487º, n.º 2 do CC²⁸, que designa como critério mediador da culpa a figura do *bonus pater familias*²⁹.

O dolo e a negligência são duas componentes do conceito de culpa e apresentam

²⁴ Muitas vezes, o agente pensa defender-se, quando na realidade esta a atacar. Neste caso, estamos perante uma situação de legítima defesa putativa.

²⁵ A culpa surge como uma noção individualizada e moldável ao caso *sub judice*. Nas palavras do

Professor Francesco Busnelli, em FRANCESCO BUSNELLI - *Nuove Frontiere della responsabilità civile* em *Lecture di Diritto Civili* (coord. Guido Alpa e Paolo Zatti), Padova, 1990, p. 642, a culpa permite ponderar a imputação de forma “mais adequada à condição psicológica do agente e ao circunstancialismo que envolve a respectiva conduta”.

²⁶ Art. 10º, n.º 1 da LRCEE.

²⁷ Embora aponte, na parte final do art. 8º, n.º 1, para um nível de diligência e aptidão directamente proporcional ao cargo que cada titular de órgão, funcionário ou agente tem. No limite, cada um destes está obrigado a fazer tudo aquilo que lhe for possível: *a contrario*, “*ultra pose nemo obligatur*”. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 26.

²⁸ “*A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso*”.

²⁹ Adoptamos, tal como MARGARIDA CORTEZ – *Responsabilidade Civil da Administração por Actos*

Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado, cit. p. 9 e por igualdade de motivos, a figura do titular de órgão atento aos deveres do seu ofício.

diferenças entre si que geram alterações substanciais na questão da culpabilidade. Há dolo quando o agente pratica o acto com a intenção de provocar o dano³⁰ ou quando o agente, embora não planeie o dano, se conforma com a produção do mesmo³¹. Há negligência se ocorrer uma violação, consciente ou inconsciente, dos deveres de cuidado, violação essa que dá origem ao dano. Aqui, o agente não tem como propósito lesar alguém, mas a sua conduta, desprovida da diligência imposta pela lei e necessária para aquela situação particular, fê-lo. Esta falta de cautela pode ser grave ou leve: será grave se “a diligência empregue tenha sido manifestamente inferior àquela a que o titular de órgão ou agente se encontrava obrigado em razão do cargo por si ocupado”³²; será leve nas restantes situações. Esta distinção de grau de negligência é fulcral, pois é com base nela que se faz a imputação do resultado danoso aos titulares de órgãos ou agentes que só poderão ser responsabilizados quando a negligência seja grave, ao contrário do que acontece em relação às pessoas colectivas administrativas que serão chamadas a responder pelos danos causados quer esteja em causa uma negligência grave ou uma negligência leve.

A prova da culpa incube ao lesado, conforme decorre da parte inicial do art. 10, n.º 2 da LRCEE³³, mas existem duas situações em que o ónus da prova se inverte, uma vez que existem presunções legais: quanto à prática de actos imateriais ilícitos e em caso de violação de deveres de vigilância (artigos 10º, n.º 2³⁴ e n.º 3³⁵ da LRCEE).

À semelhança do que acontece quanto à ilicitude, também na culpa existem causas de exclusão da mesma. São elas: o erro desculpável e o estado de necessidade desculpante.

³⁰ Pode ser directo ou necessário, conforme o agente queira ou não primariamente a produção do resultado danoso.

³¹ É o dito dolo eventual.

³² MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 26.

³³ “Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave...”.

³⁴ “...presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”.

³⁵ “...também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância”.

O erro desculpável acontece quando o autor do dano teve uma percepção errada da realidade e, por isso, partiu de pressupostos que não se verificavam para agir. Só funciona como causa de exclusão da culpa se não for objecto de censura pela ordem jurídica.

O estado de necessidade desculpante verifica-se quando a conduta do agente, embora não seja idónea para originar uma causa de justificação da ilicitude, ocorre em circunstâncias que excluem a culpa do agente.

A culpa vai voltar a ser objecto de análise³⁶, pois é um conceito fundamental no desenvolvimento da teoria da culpa do serviço, objecto da nossa investigação.

d) O dano é o quarto pressuposto e está inerente à própria função do instituto da responsabilidade civil. Se não houvesse dano, não havia lugar a indemnização e era prescindível encontrar um responsável que a prestasse. Por dano, deve entender-se o mal, prejuízo, ofensa material ou moral causada por alguém a outrem, detentor de um bem juridicamente protegido. Desta definição decorre, em conjugação com o art. 3º, n.º 3 da LRCEE³⁷, que podem haver danos patrimoniais e danos morais, assim como danos presentes e danos futuros³⁸.

e) Como último pressuposto da responsabilidade civil delitual, o nexo de causalidade é o que liga o facto voluntário ao dano. Tendo como ponto de partida a *conditio sine qua non*, existem três grandes teorias do nexo de causalidade, sendo que

³⁶ Vide cap. III.

³⁷ “A responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito”. A expressão “nos termos gerais de direito” remete-nos para o art. 496º, n.º 1 do CC: “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

³⁸ Embora não referidos na LRCEE, os danos indemnizáveis podem ser, ainda, a título de danos

emergentes ou lucros cessantes: art. 564º, n.º 1 do CC – “o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”.

todas elas assentam no axioma de que um dano resulta de um facto³⁹ se a não ocorrência deste implica a não verificação daquele: teoria da causalidade adequada, teoria da esfera de protecção da norma e teoria da conexão do risco.

A teoria da causalidade adequada é a mais influente no direito português da responsabilidade civil administrativa e parte de um juízo de prognose póstuma: um dano será imputável a um facto quando fosse previsível, atendendo às circunstâncias concretas do conhecimento do agente e da normalidade social, que aquele facto era susceptível de provocar aquele dano⁴⁰.

A teoria da esfera de protecção da norma imputa um dano a um facto sempre que aquele “incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjectivo ou pela norma de protecção”⁴¹.

A teoria da conexão do risco, concebida por C. Roxin, estabelece a imputação sempre que um facto crie, aumente, não elimine ou não diminua um risco não permitido, risco este que vai resultar num dano.

³⁹ É de referir que estamos a falar de factos reais, uma vez que no direito português a causa virtual é irrelevante. O mesmo já não se verifica em relação ao comportamento lícito alternativo, que tem uma significativa relevância. Se assim não fosse, haveria um desvio ao princípio da proporcionalidade, pois estar-se-ia a fazer o lesante suportar uma indemnização por um dano que se verificaria, de qualquer maneira, no decorrer de uma acção lícita.

⁴⁰ Vide art. 563º do CC.

⁴¹ MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS – *Responsabilidade Civil Administrativa*, cit., p. 31.

Capítulo III

A Teoria da Culpa do Serviço

A teoria da culpa do serviço, ou *faute du service* na terminologia original, foi um importante acrescento à doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública.

Tendo como pressuposto a culpa, a culpa do serviço é, nas palavras da Professora Margarida Cortez¹, “uma ficção a que se recorre nas hipóteses em que não é possível identificar o autor material do facto lesivo”.

Deste conceito, retiramos uma conclusão fundamental para a correcta definição de culpa do serviço - a culpa do serviço não se traduz, necessariamente, numa falha do serviço público. Pelo contrário, pode apenas e tão só significar que o serviço público vai assumir a falha de um funcionário, ou conjunto de funcionários, que não é possível identificar.

Neste seguimento, não podemos deixar de considerar e invocar a opinião do Professor Charles Eisenmann²: a *faute du service* é uma ficção criada para suprir a dificuldade de provar a *faute de service* dos agentes. Deixamos esta distinção para o ponto 3.2.1. do presente cap.

Concordamos com esta ideia de ficção atribuída à culpa do serviço, mas não a encaramos como algo negativo. Pelo contrário, consideramos fundamental que assim seja, pois só através desta figura é que se concretiza o preceituado no art. 22º da CRP³.

Neste âmbito, importa ainda referir a interpretação do elemento teleológico desta norma constitucional que indicia a existência de responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas em consequência de faltas anónimas e faltas colectivas dos seus órgãos, funcionários ou agentes, encaradas como uma má organização que

¹ Cfr. MARGARIDA CORTEZ – *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado* (Trabalhos preparatórios da reforma), cit., p. 93.

² *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques*, in *La semaine Juridique*, 1949, I, 751, p. 7. Do mesmo autor, cfr. *Cours de Droit Administratif*, II, Paris, LGDJ, 1983, p. 834.

³ Vide cap. I, ponto 1.1.1.

desencadeia um funcionamento anormal do serviço público⁴. Entendemos haver, portanto, um afastamento do clássico modelo de imputação individualística.

A teoria da culpa do serviço surge, então, como uma forma de completo ao regime constitucional relativo à responsabilidade pelo exercício da função administrativa, em clara harmonia com a ideia de Estado protector.

3.1. Breve referência histórica e Razão de ser

Como começámos por ver no capítulo inicial do nosso estudo, a Administração Pública nem sempre foi vista como uma entidade susceptível de responsabilização pelos danos a que desse causa.

Até ao séc. XIX, prevalecia a teoria da irresponsabilidade civil do Estado.

Assente na ideia de soberania do Estado com uma autoridade incontestável, o Estado, e as pessoas colectivas e singulares que o integram, estava colocado num patamar superior aos restantes cidadãos e, por isso, não era passível de ser culpado⁵. Ora, esta ausência de culpa por parte do Estado impossibilitava que este viesse a responder civilmente⁶. Assim, na maioria das situações, o que acontecia é que o particular lesado acabava por ficar sem ter quem reparasse os prejuízos que sofrera e

⁴ Vide JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS – *Constituição da República Portuguesa – anotada*, ponto VIII da anotação ao artigo 22º, tomo I, Coimbra, 2005

⁵ A mera possibilidade do Estado agir erradamente parecia pôr em causa o poder estatal. Deste ponto de vista, o reconhecimento de um erro perante um particular era algo muito grave e sério.

⁶ Muitas vezes, era o próprio funcionário administrativo que respondia pessoalmente pelos danos causados ao particular. Esta situação, além de injusta, era ofensiva, quer do ponto de vista pessoal, quer do ponto de vista profissional. Por um lado, o funcionário administrativo via-se obrigado a repor, com o seu património, prejuízos a que dera causa por culpa que não lhe era imputada, pois estava apenas a desempenhar a sua função. Em consequência deste receio, e na dúvida, o funcionário optava por não agir, o que levado ao extremo podia gerar uma paralisação administrativa. Por outro lado, o funcionário administrativo sentia-se, algumas das vezes, obrigado a acatar instruções superiores, mesmo sabendo que ao fazê-lo criaria dano a outrem e seria civilmente responsável por tal, uma vez que se não o fizesse poderia desencadear uma crise no trabalho.

acabava por ser ele próprio a suportá-los. Mais a mais, porque não tinha a quem se queixar, já que era o próprio rei que exercia a tutela do direito. E seria paradoxal o rei condenar-se a si próprio por um acto por si mesmo praticado.

Com a progressiva consolidação do Estado social de direito e, consequentemente, dos seus princípios, nomeadamente o da separação de poderes, assente numa ideia de confiança da sociedade na lei, o Estado tornou-se capaz de culpa e passou a responder civilmente pelos prejuízos causados aos particulares lesados.

Vigorava, então, a teoria civilística, assente nos princípios do direito civil e baseada na ideia de culpa do agente causador do dano para proceder à imputação da responsabilidade. Isto é, aceitava-se a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Mas para que tal acontecesse, era ainda preciso que o responsável pelo dano, isto é, o culpado⁷, fosse parte integrante da Administração Pública. Embora se individualizasse o erro num agente, ou em vários, da Administração Pública, o funcionário administrativo já não compensava o particular pelos prejuízos causados com os seus próprios meios – era o Estado a assumir o pagamento da indemnização, suportando financeiramente os encargos inerentes às perdas dos particulares⁸.

O grande problema, ao qual nos propusemos dar resposta, começa aqui. Nesta linha de raciocínio que temos vindo a desenvolver, como é que o particular obtém uma compensação pelos danos sofridos no caso da Administração Pública não conseguir identificar o culpado pelo dano? Fica o particular prejudicado e sem direito a ser ressarcido, o que provoca um retrocesso, ainda que particular e temporário, na responsabilização civil do Estado?! A resposta é, obviamente, não.

Inspirado no ordenamento jurídico francês, o sistema português acolheu, primeiro na jurisprudência e só depois na doutrina, a figura da *faute du service*.

Este instituto possibilita, em traços muito breves e gerais, que o particular veja

⁷ Aquele que praticou, ou deixou de praticar, um facto que deu origem a um dano.

⁸ Referimo-nos, logicamente, às situações de prejuízos decorrentes da normal prática administrativa. Excluimos desta afirmação as situações em que o agente administrativo actua com culpa ou dolo.

refeito o mal que sofreu, sem que seja imperativo que a Administração Pública encontre o funcionário individualmente responsável.

Hoje em dia, com uma Administração Pública cada vez mais intervencionista e uma rede de serviços públicos cada vez mais complexa, não é fácil apurar o contributo individual de cada agente ou funcionário para o dano ou mesmo encontrar o dito agente ou funcionário.

Posto isto, e porque a extrema dificuldade de averiguação das responsabilidades individuais assim o exige, o que se verifica é uma assunção de culpa da parte do Estado pelo funcionamento anormal do serviço público⁹, considerado como um todo. Não foi possível encontrar um culpado, ou porque o mesmo não é facilmente identificável ou porque há vários e não é possível determinar com precisão aquele cuja actuação foi determinantemente apta a produzir o dano¹⁰, mas, ainda assim, a Administração Pública está incumbida no dever de indemnizar: o dano verificou-se, porque o serviço administrativo, no geral, lhe deu causa. O serviço público torna-se, ele próprio, no agente do facto culposo.

Esta é a única solução que reconhece, de forma absoluta, o papel do cidadão no Estado social de direito. É preciso uma forte intervenção económica e social que “a bem de todos, prejudica necessariamente alguns”¹¹, e a maneira mais fácil de a levar a cabo é socializando a responsabilidade, ou seja, responsabilizando directa e exclusivamente as entidades públicas – é a teoria da culpa do serviço.

Vigora, agora, a teoria publicística que, nas palavras do Professor Marcus Vinicius Corrêa Bettencourt¹², “desvincula a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário, passando a entender como centro da responsabilidade do Estado a culpa do serviço público”. A conciliação dos direitos do Estado com os direitos

⁹ Vide cap. III, pontos 3.2.1 e 3.2.2.

¹⁰ Vide cap. II, ponto 2.2., e).

¹¹ LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – A Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembr*, Lisboa, Abreu & Marques, Vinhas e Associados, 2008, p. 80.

¹² *Manual de Direito Administrativo*, Forum, 2010

privados não pode fazer-se se não por via do recurso a princípios do direito público.

3.2. O artigo 7º, nº 3 e 4 da Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro

É no art. 7º, nº 3 e 4 da LRCEE que se admite, em definitivo, a teoria da culpa do serviço como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública no ordenamento jurídico português.

No nº 3 pode ler-se que “*o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço*”.

Este preceito estatui uma responsabilidade directa, exclusiva e objectiva do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público em casos de culpa do serviço. O que constitui uma inovação, quer a nível nacional, quer a nível internacional, pois não é esta a regra na responsabilidade civil extracontratual administrativa na maioria dos países europeus¹³.

A expressão “*são ainda responsáveis quando*” é feliz, na perspectiva da culpa e da ilicitude que foi, claramente, desconsiderada neste domínio. Aliás, funciona, a propósito da culpa do serviço por funcionamento anormal do mesmo, uma presunção de culpa, assim como de ilicitude¹⁴.

Em apreço estão os artigos 9º, nº 2 e 10º, nº 2 da LRCEE.

O primeiro presume a ilicitude na conduta do Estado sempre que esteja em causa a violação de “*disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou*

¹³ Nem mesmo em França, país dianteiro no reconhecimento da responsabilidade civil do Estado. Só Espanha tem a mesma regra que Portugal.

¹⁴ Não são presunções absolutas. Cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – A Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro*, cit., p. 74 – 75, n. 75.

infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”¹⁵. Nem sempre é fácil demonstrar a actuação ilícita do Estado. Pensemos, por exemplo, na hipótese de estarmos no domínio da discricionariedade da Administração Pública, cujas disposições não são, muitas vezes, claras e dependem, em grande parte, de interpretação. Foi este o motivo que levou o legislador ordinário a presumir a ilicitude proveniente do funcionamento anormal do serviço no n.º 2º do art. 9º. Mas o ponto máximo desta presunção reside no facto desta disposição legal, ao remeter para o n.º 3 do art. 7º da LRCEE, prescindir da identificação do autor material da acção ou omissão para considerar o facto como ilícito.

O segundo presume a culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos. Esta presunção opera, obviamente, para os casos de funcionamento anormal do serviço, uma vez que para que a Administração demonstre que agiu sem culpa torna-se imperativo que prove que a sua actuação cumpre, na íntegra, aquilo que lhe era razoavelmente exigido¹⁶.

Estamos já no campo de aplicação do n.º 4 do art. 7º da LRCEE que clarifica o que deve ser depreendido por funcionamento anormal do serviço, conceito que vamos aprofundar no ponto 3.2.2. do presente cap..

Em ambas as presunções que atrás referimos, o ónus da prova compete à Administração Pública. Se assim não fosse, o cidadão teria a seu cargo um ónus demasiado pesado, numa situação que resultaria numa verdadeira negação de justiça. E estaria, neste tarefa hercúlea, a agir como um técnico de assistência e manutenção do serviço público.

Abandonaram-se, decisivamente, as teorias privatísticas e acolheram-se, plenamente, as teorias publicísticas acerca do instituto da responsabilidade civil do Estado¹⁷.

¹⁵ Art. 9º, n.º 1 da LRCEE.

¹⁶ Art. 10º, n.º 1 da LRCEE.

¹⁷ Vide ponto 3.1. do presente cap..

Assim, o Estado é responsável e tem o dever de indemnizar o particular, sem necessidade de observação de outros critérios. Basta que, conforme se retira da letra da lei, o facto ilícito que originou o dano resulte de um funcionamento anormal do serviço. Chamamos a atenção para o disposto no art. 4º da LRCEE: se o lesado contribuir de alguma forma para o agravamento ou produção do dano, a indemnização deve ser ponderada segundo o grau de culpa do lesado.

3.2.1. Linha de separação entre a culpa pessoal e a culpa do serviço – o requisito da culpa anónima

Nos preliminares do presente cap. vimos, a propósito da noção de ficção atribuída ao conceito de culpa do serviço, que existem duas expressões associadas a este conceito e que são, na sua terminologia original, muito próximas: *faute du service* e *faute de service*.

A distinção entre ambas é fulcral para a aplicação da teoria da culpa do serviço, pois entre a culpa¹⁸ pessoal do agente ou funcionário administrativo e a culpa do serviço público no geral existe uma fronteira muito tênue. Afigura-se, nesta medida, necessário apurar quando é que se trata de uma ou de outra para que se possa imputar o dano à Administração Pública.

Assim, por *faute du service* entende-se um acto funcional, ou seja, um acto praticado pelo agente ou funcionário administrativo no exercício das suas funções públicas ou por causa dessas; enquanto que por *faute de service* se entende um acto pessoal, ou seja, um acto praticado pelo agente ou funcionário administrativo fora do

¹⁸ A tradução correcta de *faute* é falta e não culpa. Até porque, a noção de *faute* no direito francês abarca dois elementos distintos: a culpa, elemento subjectivo, e a ilicitude, elemento objetivo. Traduzir *faute* como culpa exclui, à partida, um dos elementos. Consideramos este esclarecimento importante para o presente ponto, mas continuaremos a utilizar, por questões práticas, a tradução adoptada pelo nosso ordenamento jurídico – culpa do serviço.

exercício das suas funções públicas ou sem ser por causa dessas¹⁹. A primeira consubstancia-se numa culpa do serviço, ao passo que a segunda consubstancia-se numa culpa pessoal.

Desta curta definição de ambas as expressões, é possível retirar, *a priori*, um critério de aplicação da figura da culpa do serviço: é necessário que a falha tenha sido cometida no âmbito da relação entre o agente ou funcionário administrativo e o serviço público e das respectivas atribuições. Trata-se de um pressuposto material.

Mas, se este fosse o único critério, muitos problemas se levantariam. Desde logo, porque todos os danos causados por agentes ou funcionários administrativos no contexto da relação laboral destes com o serviço público²⁰ seriam da responsabilidade do Estado, o que resultava num excesso de responsabilização do mesmo que teria que responder financeiramente por todas as falhas dos seus agentes ou funcionários. Paralelamente, os agentes ou funcionários actuariam de forma menos consciente, uma vez que se sabiam protegidos por este critério.

Assim, foi preciso encontrar um critério que pudesse delimitar, de forma mais restrita, a aplicação da figura da culpa do serviço. É desta forma que chegamos ao requisito da culpa anónima.

A culpa diz-se anónima (i) quando não é possível identificar o agente ou funcionário culpado pelo prejuízo que o particular lesado sofreu ou (ii) quando os agentes ou funcionários que contribuíram para a produção do dano foram tantos que não é possível identificar qual é que, em concreto, praticou o acto essencial à produção do mesmo²¹. Em ambas as situações atribui-se a culpa ao serviço.

¹⁹ Não confundir com a responsabilidade pessoal que pode decorrer da prática de actos funcionais. Sobre este assunto, cfr. CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* – anotado, Coimbra, 2008, p. 141, n. 225.

²⁰ Praticados no local de trabalho e/ou durante o período de prestação laboral.

²¹ Há quem fale, nesta situação, em culpa colectiva, classificando-a, a par da culpa anónima, como um critério de aplicação da teoria da culpa do serviço. Da nossa parte, entendemos não haver fundada utilidade em fazer esta distinção, pois cremos que a culpa colectiva se subsume na culpa anónima. Afinal,

Da leitura coordenada destes dois critérios, que qualificamos como cumulativos, julgamos haver culpa do serviço quando (i) os danos resultem da actuação dos agentes ou funcionários administrativos no cumprimento das suas funções ou por causa delas e (ii) não é determinável quem foi²². *A contrario*, ou seja, com uma determinação concreta e individual do autor material do facto lesivo e em situações de danos resultantes da actuação do mesmo fora do exercício das suas funções ou sem ser por causa delas, há lugar a culpa pessoal²³.

Então, e qual será a solução se estes dois elementos não coincidirem? (i) Pode acontecer que, por exemplo, um funcionário identificável pratique um acto gerador de um dano numa situação de desempenho das suas funções. Aqui, a responsabilidade é do Estado, por imposição do n.º 1 do art. 7.º da LRCEE. (ii) Pode, ainda, acontecer, por exemplo, que o acto gerador do dano tenha sido praticado fora do âmbito das funções do funcionário que, no caso, não é identificável. A responsabilidade continua a ser do Estado por aplicação da teoria da culpa do serviço, porque não é possível estabelecer o elo de ligação entre o autor pessoal do dano e o próprio dano – é a situação contemplada pelo n.º 3 do art. 7 da LRCEE.

Entendemos, portanto, que é a culpa anónima que marca a fronteira entre a culpa pessoal e a culpa do serviço. E parece-nos que o nosso entendimento tem apoio na letra da lei²⁴. Se atentarmos ao disposto no n.º 3 do artigo 7.º da LRCEE²⁵, deduzimos que a

se a culpa se diz colectiva, porque para a produção do resultado danoso contribuíram mais do que um agente ou funcionário administrativo e não se consegue individualizar quem é que teve uma actuação decisiva, a culpa é, no fundo, anónima em relação ao autor material da mesma. Connosco, cfr. TIAGO VIANA BARRA – *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, cit., n. 168, p. 168. Em sentido oposto, cfr. ANA PEREIRA DE SOUSA, *A Culpa do Serviço no exercício da função administrativa*, in *Revista da OA*, Ano 72, I, 1972; CARLOS CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas* – anotado, cit., anotação 13 ao artigo 7.º, p. 163 e ss. e anotação 3 ao artigo 10.º, p. 198 e ss.

²² Lemos o n.º 3 do art. 7.º da LRCEE como uma norma complementar do n.º 1 do mesmo art.

²³ Mas nunca a responsabilidade exclusiva. Esta situação deixou de ser possível com a nova LRCEE.

²⁴ Também na doutrina não estamos sozinhos. Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Tomo I, Vol. XIII, 1956, p. 516 e ss. A culpa do serviço público origina, em exclusivo, uma responsabilidade do Estado, já que está em causa uma culpa anónima e não uma culpa de certos e determinados funcionários.

culpa anónima²⁶ remete para a aplicação da teoria da culpa do serviço. Considera-se que ocorreu um funcionamento anormal do serviço e a responsabilidade é do Estado.

Mas esta solução legal encontrada merece a nossa crítica. Se é verdade que a teoria da culpa do serviço tem uma dimensão positiva, ao permitir que o particular seja indemnizado pela Administração Pública em situações em que a indemnização seria difícil de obter por falta de conhecimento do sujeito a quem a mesma devia ser exigida, não deixa de ser igualmente verdade que tem também uma dimensão negativa, ao proporcionar a utilização de fundos públicos para o ressarcimento de particulares em situações de erro de um agente ou funcionário administrativo que só não é culpabilizado porque não é identificável. Entendemos, assim, que deve haver sempre um esforço para apuramento da identidade do culpado pela falha, devendo o instituto da culpa do serviço por mau funcionamento do mesmo ser accionado apenas quando está plenamente afastada aquela possibilidade²⁷. Só assim se garante a continuidade dos princípios constitucionais da prossecução do interesse público e da eficácia administrativa (art. 266º, nº 1 e art. 267º, nº 2 da CRP).

Tudo isto se passa no plano da responsabilidade por facto ilícito cometido com culpa leve. Se estiver em causa um facto ilícito cometido com culpa grave ou dolo, aplicar-se-á o regime previsto no art. 8º da LRCEE. Aqui, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público deixam de ser exclusivamente responsáveis para passarem a ser solidariamente responsáveis e gozam do direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis pelos danos resultantes das acções ou omissões ilícitas, nos termos do nº 2 e 3 da disposição legal *supra* referida.

Tal muda significativamente a solução que apresentámos para a hipótese (i). O

Remetemos a explicação, com a devida vénia, para Tiago Viana Barra, *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, cit., n. 162, p. 166.

²⁵ Vide ponto 3.2. do presente cap..

²⁶ Com a componente da culpa colectiva a que já aludimos. Vide n. 13.

²⁷ Connosco, cfr. ANA PEREIRA DE SOUSA, *A Culpa do Serviço no exercício da função administrativa*, cit., p. 349; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – A Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro*, cit., p. 78 e ss..

Estado continuaria a ser responsável, mas em regime de responsabilidade solidária. A solução que apresentámos para a hipótese (ii) mantém-se, na exacta medida em que se não é exequível provar a autoria pessoal do facto lesivo e, consequentemente, do dano, não é igualmente exequível provar o grau de culpa do agente, que desconhecemos.

O exercício do direito de regresso é obrigatório²⁸ e representa (i) uma autêntica obrigação, na exacta medida em que se assim não sucedesse, seríamos nós todos, enquanto contribuintes, a suportar os prejuízos resultantes da culpa grave ou do dolo dos agentes e funcionários administrativos²⁹ e (ii) uma exigência constitucional³⁰.

Realçamos o facto de não existir direito de regresso se existir culpa do serviço, uma vez que existe responsabilidade exclusiva da Administração Pública.

3.2.2. O conceito de “funcionamento anormal do serviço”

Começamos por relembrar as palavras do Professor Diogo Freitas do Amaral³¹, em jeito de introdução ao conceito de funcionamento anormal do serviço e as suas modalidades: “o que importa é reconhecer que a grande dimensão da Administração Pública, a complexidade das suas funções, a constante variação dos seus serviços, a morosidade dos seus processos de trabalho, a rigidez das suas regras financeiras, e tantos outros factores de efeito análogo, transformam muitas vezes uma sucessão de pequenas falhas desculpáveis, ou até de dificuldades e atrasos legítimos, num conjunto globalmente qualificável, *ex post*, como facto ilícito culposo”.

A definição legal de funcionamento anormal do serviço resulta, como já vimos, do nº 4 do art. 7º da LRCEE. Assim, “*existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente*

²⁸ Art. 6º da LRCEE.

²⁹ Opinião partilhada pelo Professor FAUSTO DE QUADROS. Cfr. Fausto de Quadros: *Intervenção, in Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos preparatórios da Reforma*, Coimbra, 2002, p. 60.

³⁰ Vide art. 22º da CRP.

³¹ *A Responsabilidade da Administração no direito português*, in Separata da RFDUL, vol. XXV, Lisboa, 1973.

exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”.

Antes de analisarmos, em concreto, os elementos que integram a definição legal, é útil que se exponham as três modalidades possíveis de funcionamento anormal do serviço. A saber: falta de funcionamento, funcionamento mau e funcionamento tardio. Todas estas modalidades já foram aplicadas pela nossa jurisprudência³².

Como o próprio nome indica, um funcionamento mau ou um funcionamento tardio significa que o serviço público funcionou de forma errada ou atrasada. E, em ambas as situações, há um funcionamento anormal. Porquanto não é a forma expectável do ente público prestar o seu serviço aos cidadãos. De realçar a falta de funcionamento – a própria expressão contém uma componente negativa, isto é, um não funcionamento que também é considerado um funcionamento anormal.

Retomemos agora a análise dos elementos da definição legal de funcionamento anormal do serviço: (i) circunstâncias e padrões médios de resultado e (ii) razoavelmente exigível.

Quanto às *circunstâncias e padrões médios de resultado*, tem-se em conta o que normalmente podia ter sido feito para evitar a produção do resultado danoso, em função dos meios ao dispor do serviço no momento da ocorrência do facto lesivo. Não se exige que o serviço se paute por padrões elevados, mas sim por padrões médios. Para tal, tem-se em conta os elementos internos do próprio serviço, como o índice de produtividade e as regras de actuação e consideram-se os recursos financeiros, humanos e materiais disponíveis.

Nesta linha, se os danos ocorrerem em consequência da falta de algum ou alguns destes recursos, não existe comportamento culposos e, consequentemente, funcionamento anormal do serviço – o serviço funcionou normalmente, de acordo com os meios de que, ao momento, dispunha. O mesmo já não ocorrerá se esta falta resultar de uma deficiente previsão de um determinado titular de órgão ou dirigente de serviço quanto aos meios necessários para o correcto funcionamento do serviço.

³² Vide ponto 3.3. do presente cap..

Quanto ao *razoavelmente exigível*, existem dois pontos de vista: um objectivo, assente num juízo de razoabilidade, e um subjectivo, relacionado com a ilicitude do acto.

O juízo de razoabilidade traduz-se na faculdade de se exigir do serviço um comportamento jurídico. Porque se trata de um serviço público, estatal, e, portanto, sujeito a normas de actuação pautadas pela legalidade.

A ilicitude do acto que produziu os danos tem, também ela, um conteúdo objectivo e um conteúdo subjectivo. Tem de ser apta a violar direitos ou interesses legalmente protegidos, ao mesmo tempo que provém de um comportamento lesivo da Administração.

A jurisprudência tem estado atenta a todos estes critérios da legislação em vigor, como iremos constatar de seguida.

3.3. Análise Jurisprudencial

Aqui chegados, é o momento de relacionarmos tudo o que atrás foi exposto com o âmbito jurisprudencial da figura da *faute du service*. Isto é, do ponto de vista académico é importante percebermos até que ponto é que a jurisprudência acompanhou e refletiu as evoluções administrativas e legislativas que se foram verificando ao longo dos tempos, ou se, pelo contrário, foram estas que foram ao encontro daquilo que a jurisprudência há muito tentava impulsionar nesta matéria.

Não podemos deixar de invocar aqui o decisivo contributo da jurisprudência francesa, uma vez que foi dianteira neste domínio.

Vimos, no cap. I, ponto 1.1.1., que até finais do séc. XIX prevalecia o princípio da irresponsabilidade da administração. E que se começou a registar uma mudança de

paradigma com os acórdãos *Blanco* e *Pelletier*, ambos do Tribunal de Conflitos francês³³ (1873), que culminaram no acórdão *Anguet* (1911).

Mas, a partir daqui, muitos outros acórdãos contribuíram para a densificação do conceito de *faute du service*.

Em 1923, o cidadão *Couitéas*, tendo sido declarado proprietário de um terreno ocupado por habitantes da Argélia, solicitou apoio militar para auxiliar na tomada de posse das terras. O governo recusou, alegando para tanto que, antes de prestar qualquer tipo de apoio, era necessário avaliar o perigo para a ordem e segurança públicas. Com a demora do processo, a propriedade de *Couitéas* ficou totalmente inutilizada. Este processo deu origem ao acórdão *Couitéas*, que determinou a condenação do Estado no pagamento de uma indemnização por ter agido tarde demais e, em consequência, ter dado causa a prejuízos a um particular. A noção de culpa do serviço estava já implícita, pois a culpa do Estado foi aferida, precisamente, a partir da mora na actuação do mesmo e dos danos que daí decorreram para o particular. Enquadra-se, aqui, uma das modalidades do funcionamento anormal do serviço, que estudámos no ponto 3.3.2. do presente cap.: o serviço é culpado, porque, embora tenha funcionado, funcionou atrasado. E este facto é, *de per se* e como já vimos, gerador de responsabilidade civil do Estado.

Em 1949, o acórdão *Delle Mimeur*, em que a cidadã *Mimeur* foi atropelada por uma carrinha militar, tendo-se provado que o motorista que a conduzia foi o único culpado pela ocorrência do acidente e estava a agir fora das suas funções profissionais, resultou num importante acrescento à teoria da *faute du service*, na medida em que considerou o Estado solidariamente culpado e, portanto, responsável, mesmo sem haver da parte deste uma acção ou omissão directamente relacionada com o dano. A nível prático, este acórdão revelou-se fundamental, pois viabilizou a admissão da culpa e responsabilidade do Estado através dos actos comissivos ou omissivos dos seus funcionários. Pensamos que, para tal, pesou o facto de existir um vínculo laboral entre o sujeito do acto lesivo e o Estado e, portanto, uma espécie de responsabilidade indirecta,

³³Consultados em www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html, em 3 de Julho de 2013.

quase que parental³⁴.

Em 1951, os acórdãos *Delville*, relativo a um acidente de viação causado pelo cidadão *Delville* em estado de embriaguez, enquanto conduzia um camião da administração estatal³⁵, e *Laruelle*, relativo a um acidente de viação causado pelo cidadão *Laruelle*, enquanto conduzia e utilizava um veículo militar para fins pessoais, ambos no seguimento do acórdão *Delle Mimeur*, clarificaram o motivo pelo qual o Estado deve ser solidariamente culpado e responsável pelos actos praticados pelos seus funcionários, ainda que fora do exercício das suas funções profissionais. Como defendemos no parágrafo anterior, o Estado tem o dever de controlar, quer os funcionários, quer as actividades que estes desenvolvem e os meios que têm ao seu dispôr. Se não o fizer, há culpa do serviço por não funcionamento do mesmo, outra das modalidades do conceito de funcionamento anormal do serviço³⁶. No entanto, estes acórdãos acrescentam um factor importante: o nível de culpa que o Estado tem de ter, no caso concreto, para ser culpabilizado e responsabilizado. Ou seja, aqui o Estado tem de ter falhado efetivamente na prestação dos seus serviços, ainda que tal signifique, tão só, que não tenha agido com o cuidado exigível às circunstâncias em apreço.

Foi nesta linha de raciocínio que, em 1967, o acórdão *Lafont*, referente a um esquiador que sofreu um acidente numa pista aberta, atribui um dever de informação ao Estado sobre os perigos associados aos serviços que presta, para promover um recurso consciente dos cidadãos ao mesmo³⁷, sem o cumprimento do qual o Estado é obrigado a responder civilmente perante o particular lesado.

Por último, em 1973, o acórdão *Sadoudi* também responsabilizou o Estado, com o

³⁴Um pai é responsável pelo uso indevido que o filho menor dá ao brinquedo que lhe ofereceu, se souber que o mesmo pode representar um perigo para outrem e não controlar o uso que este lhe dá.

³⁵ Ficou provado que as más condições mecânicas do veículo também contribuíram para o desenrolar do acidente.

³⁶Vide ponto 3.2.2. do presente cap..

³⁷ No caso concreto, a mensagem de que se trata de uma actividade desportiva comumente associada à ocorrência de acidentes teria que ser passada, para que os particulares tivessem conhecimento do perigo associado à mesma.

argumento de que uma falha pessoal do funcionário do serviço não inibe o mau funcionamento simultâneo do mesmo e, conseqüentemente, não impede a existência de culpa do serviço. Estava em causa o disparo accidental de um polícia da sua arma, essencial ao seu bom desempenho na manutenção da paz e ordem públicas, e que resultou na morte de um colega de trabalho. Tal ocorreu enquanto manipulava a mesma fora das suas funções profissionais.

Da análise sumária destes acórdãos, todos do Conselho de Estado francês³⁸, concluímos que (i) sempre que um funcionário administrativo é condenado por um acto culposo que apresente características de *faute du service*, a administração é obrigada a assumir os danos e a indemnizar o particular e que (ii) se isto não se verificar, e o tribunal declarar, de forma errónea, a existência de culpa pessoal e, conseqüentemente, a condenação do funcionário, este tem direito de regresso perante a administração³⁹.

O conceito de *faute du service* foi-se apurando e consolidando na ordem jurídica francesa, ao mesmo tempo que inspirava outros ordenamentos jurídicos, como foi o caso de Portugal.

A primeira vez que este instituto foi acolhido numa decisão jurisprudencial foi em 1966⁴⁰, num acórdão do STA. Discutia-se a responsabilidade do Estado pela derrocada de uma muralha no Porto, ocasionada pela não realização de obras de conservação essenciais à manutenção da mesma. Estamos, obviamente, perante um funcionamento anormal do serviço que, *in casu*, não funcionou⁴¹. Pelo que há culpa do serviço, na exacta medida em que não foi possível apurar a identidade dos agentes e titulares de órgãos omitentes, ou seja, que deviam ter providenciado a execução das tais obras de conservação.

Desta primeira abordagem jurisprudencial portuguesa à teoria da culpa do

³⁸ À excepção daqueles para os quais foi dada expressa indicação em contrário.

³⁹ Cfr. JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit Administratif* (Cours Thèmes de Réflexion – Commentaires d'arrêtés avec corrigés), 8ème edition, Paris: Montchrestien, 2003, pp. 752-753.

⁴⁰ Chamamos a atenção para os cerca de 50 anos de atraso em relação ao ordenamento jurídico francês.

⁴¹ Vide ponto 3.2.2. do presente cap..

serviço, retiramos, desde já, três premissas: (i) a culpa do serviço implica, *a priori*, uma não identificação da pessoa que causou o dano, (ii) a expressão *funcionamento anormal do serviço* inclui um não funcionamento, e (iii) o facto gerador de prejuízo tem de ocorrer no domínio público.

A estas considerações já tínhamos chegado em pontos anteriores do nosso estudo, a propósito dos conceitos de culpa anônima⁴² e de funcionamento anormal do serviço⁴³.

Muitos outros acórdãos se seguiram, tornando cada vez mais evidente a afirmação da adopção da figura da *faute du service* em Portugal.

Em 1996, o STA⁴⁴ condenou o Estado, invocando a culpa *in vigilando*⁴⁵ do mesmo. Estava em apreço a queda de uma pernada de uma árvore que atingiu e danificou um veículo que circulava na estrada nacional. A decisão fez referência à culpa do serviço, pois a responsabilização do Estado baseou-se no facto de não se ter conseguido provar que a Junta Autónoma de Estradas cumpriu os deveres de fiscalização e vigilância a que estava obrigada. Assim, houve um funcionamento anormal do serviço, que, no caso *sub judice*, não funcionou⁴⁶.

No mesmo ano e pelo mesmo tribunal⁴⁷, o Estado também foi condenado pela omissão de cuidado a que estava adstrito, como entidade responsável. Os factos baseavam-se num acidente de viação causado por um tampo metálico mal colocado e, por isso, solto. O serviço, primeiramente, funcionou mal, pois o tampo foi colocado de forma irregular e, depois, não funcionou, pois a Junta Autónoma de Estradas teria de se ter certificado da correcta instalação do tampo.

⁴² Vide ponto 3.2.1. do presente cap..

⁴³ Vide ponto 3.2.2. do presente cap..

⁴⁴ Proc. n.º 36075.

⁴⁵ Presunção de culpa do art. 493, n.º 1 do CC. “*Quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua*”.

⁴⁶ Vide ponto 3.2.2. do presente cap..

⁴⁷ Proc. n.º 39162.

Em 2000, dois veículos, que circulavam em sentidos opostos, colidiram, após terem passado os semáforos num cruzamento, que abriram com sinal verde para ambos ao mesmo tempo. O STA⁴⁸, mais uma vez recorrendo ao instituto da culpa do serviço e com os fundamentos explanados nos parágrafos anteriores a propósito dos douts acórdãos, considerou o Estado responsável, uma vez que não “organizou os seus serviços de modo adequado a assegurar um eficiente sistema de prevenção e vigilância de anomalias previsíveis”⁴⁹.

Em 2008, o Tribunal da Relação do Porto⁵⁰ deu um contributo fundamental no que às modalidades do conceito de funcionamento anormal do serviço⁵¹ e à imputabilidade da Administração Pública, nas situações em que é responsabilizada no geral e, portanto, sem individualização de culpa nalgum dos seus agentes ou funcionários, diz respeito: “não é obrigatória a descoberta do agente, podendo tratar-se de danos anónimos imputáveis directamente à organização, porque funcionou mal (culpa *in commitendo*, ou por acção), porque não funcionou (culpa *in omittendo*, omissão quando existe um dever de actuar), ou porque funcionou defeituosamente (falta de dever funcional ou de diligência média)”⁵².

Em 2009, uma cidadã caiu num buraco, em Odivelas, com cerca de 1.5m de profundidade, sem que houvesse qualquer tipo de sinalização a alertar para o perigo configurado, agravado pelo facto do mesmo se encontrar junto a um jardim infantil. O Estado foi condenado pelo STA⁵³ numa indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais decorrentes da culpa do serviço prestado pelo Município de Odivelas. Aplicou-se esta teoria pela impossibilidade de individualizar “uma acção ou omissão concretas causadoras do dano sofrido”⁵⁴. A ideia da culpa anónima como causa de

⁴⁸ Proc. n.º 45101.

⁴⁹ Ponto VI do sumário do acórdão.

⁵⁰ Proc. n.º 5439/07-5.

⁵¹ Vide ponto 3.2.2. do presente cap..

⁵² Acórdão *in fine*.

⁵³ Proc. 67/09.

⁵⁴ Ponto V do sumário do ac..

imputabilidade dos danos ao funcionamento anormal do serviço, considerado no geral, e, naturalmente, como requisito da culpa do serviço, começa a ser manifesta a nível jurisprudencial.

Ainda em 2009, o TCA Sul⁵⁵ considerou que “houve “culpa do serviço” quando no acto de demolição de uma construção pelos serviços do Réu, não foram devidamente ponderadas as características de cada construção (ainda que ilegal) existentes na zona, (...) e a mesma foi efectuada, sem mais, resultando na sua total destruição, sem ponderar com a diligência de um funcionário zeloso e cumpridor”⁵⁶. Em específico, os serviços municipais demoliram um imóvel, pelo mesmo ter sido construído de forma ilegal. Ao não terem em consideração o carácter amovível do mesmo, acabaram por inutilizar por completo um imóvel que poderia ser transportado para outro local. O acto de demolição foi executado por funcionários da Administração que, embora com negligência, actuaram no exercício da função pública, pelo que a culpa é atribuída ao serviço. Este acórdão foi importante, uma vez que possibilitou a confirmação de que a jurisprudência qualifica como *faute du service* uma culpa pessoal negligente⁵⁷.

No mesmo sentido se pronunciou o STA⁵⁸, também em 2009, a propósito da queda de um carro num buraco correspondente à existência de uma tampa de esgoto no meio da via que estava, temporariamente, destapado, ao estabelecer que se “a alegada

⁵⁵ Proc. 1303/05.

⁵⁶ Pontos II e III do sumário do ac..

⁵⁷ E a importância disto é bastante significativa, como já tivemos oportunidade de ver no cap. I, ponto 1.1.1., n. 35, do nosso estudo: se assim não fosse, o mais certo seria a paralisação dos serviços públicos por justificada apreensão dos funcionários em agir. Cfr. JOÃO CAUPERS, em anotação ao ac. do TC nº 236/04, in CJA, nº 46, pág. 20; VIEIRA DE ANDRADE, *A Responsabilidade por Danos decorrentes do exercício da Função Administrativa na nova Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual*, in RLJ, ano 137º, Coimbra, 2008; CARLA AMADO GOMES, *O novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, in «Três textos sobre o Novo Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas», AAFDL, 2008, p. 35. Parece ser maioritário o entendimento de que a responsabilidade pessoal dos agentes ou funcionários administrativos em caso de culpa leve teria um efeito negativo na actividade e na eficiência administrativa. Em sentido contrário, cfr. TIAGO VIANA BARRA – *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estad*, cit., p. 172.

⁵⁸ Proc. n.º 606/09.

omissão ilícita e causal – falta de sinalização – não vem assacada a um certo e determinado funcionário (...) a responsabilidade civil decorrerá do mau funcionamento dos serviços da ré”, ou seja, a responsabilidade é do Estado.

Podemos dizer, com firmeza, de que a teoria da culpa do serviço se cimentou definitivamente no ordenamento jurídico português, evoluindo gradualmente ao longo dos tempos e apurando os conceitos que lhe estão subjacentes.

Já não choca a responsabilização do Estado, ainda que sem culpa, porque se assistiu a uma crescente adesão jurisprudencial ao funcionamento da presunção de culpa civilística do art. 493º, n.º 1 do CC no domínio administrativo, o que muito contribuiu para a aceitação da teoria da *faute du service* como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública. Na verdade, aquela presunção vai de encontro à noção de funcionamento anormal do serviço, porque ambas indiciam o Estado como responsável, sempre que os danos ocorrerem na sua esfera de actuação e não for possível determinar qual o agente ou funcionário que teve culpa no caso concreto. Assim, tanto a noção de funcionamento anormal do serviço como a presunção de culpa atribuem a culpa ao serviço público prestado, no seu todo.

Retomando o que dissemos no início deste ponto, cumpre agora concluir, depois desta análise jurisprudencial do sistema português, invocando conjuntamente o sistema francês que o inspirou, de onde vem a precedência da figura da *faute du service*.

No nosso estudo, (i) aclarámos a noção de responsabilidade civil administrativa e a forma como a mesma tem sido encarada nos mais diversos períodos históricos⁵⁹ e (ii) vimos os desenvolvimentos legislativos registados neste sector⁶⁰.

Se articularmos as conclusões a que chegámos anteriormente com as conclusões que retirámos agora deste trajecto pelo progresso jurisprudencial, somos levados a afirmar que o instituto da *faute du service* teve, em Portugal, origem na jurisprudência,

⁵⁹ Vide cap. I.

⁶⁰ Vide cap. II.

possivelmente numa tentativa de acompanhar as transformações sociais e a correspondente concepção de Estado a que se assistia. No entanto, e como o nosso sistema jurídico, inversamente ao que acontece em França, não tem uma base essencialmente jurisprudencial, carecendo de base legal, surgiram, *a posteriori*, textos legislativos, nomeadamente o LRCEE, que reconheceram expressamente a existência da figura da culpa do serviço, com todas as consequências e mecanismos daí decorrentes.

Síntese conclusiva

Terminamos este trabalho sintetizando as principais ideias a que, ao longo do mesmo, fomos chegando.

Tendo por base a culpa do serviço como fundamento do dever de indemnizar por parte da Administração Pública, o nosso propósito foi o de demonstrar como e quando é que o Estado é responsabilizado.

Em ordem a cumprir esse objectivo, começámos por estudar o instituto da responsabilidade civil administrativa. Depois de uma análise, também no plano do direito comparado, à forma como o mesmo tem sido encarado ao longo dos tempos, concluímos que a responsabilidade civil administrativa acompanhou de maneira progressiva a noção de Estado social de direito, dando-lhe cumprimento.

No seguimento deste instituto, abordámos o regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, tal como está consagrado na actual lei vigente – a lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro. Após observarmos o processo legislativo que a precedeu e os pressupostos de aplicação nela regulados, concluímos que o ordenamento jurídico português deu acolhimento legal à figura da *faute du service*, considerada como a inovação mais relevante da LRCEE.

Por fim, tratámos da teoria da culpa do serviço. Feita a referência às diversas teorias sobre a responsabilidade do Estado, explorámos o art. 7º, nº 3 e 4 da Lei nº 67/2007 por ser a norma legal em que se concretiza a *faute du service*. Daqui concluímos que (i) a culpa anónima é parte integrante do conceito de funcionamento anormal do serviço, que (ii) a culpa do serviço aparece como uma garantia para o particular de que, em última instância, é compensado pelo Estado pelo prejuízo que sofreu em consequência de um facto ilícito culposo e gerador de um dano, e que (iii) para a aplicação da teoria da culpa do serviço funciona uma presunção de culpa e de ilicitude que muito alivia o cidadão. A teoria da culpa do serviço é, no fundo, a teoria da responsabilidade directa, exclusiva e objectiva do Estado e das demais entidades públicas. Não pudemos deixar de ignorar o tratamento jurisprudencial de todas estas questões, o que denota um sistema judicial atento e bem regulado.

Diremos, para finalizar, que a culpa do serviço é, sem margem para dúvidas, um fundamento do dever de indemnizar por parte da administração Pública e que a aceitação desta premissa surge como um expoente da responsabilidade civil do Estado. Mas será a assunção máxima de culpa de que o Estado é capaz? Deixamos, propositadamente, esta questão em aberto, quiçá para um próximo estudo. Diremos, apenas, que estamos em crer que não, por acreditarmos que o direito administrativo está, a par da sociedade que regula, em constante evolução.

Bibliografia

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1994

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Direito Administrativo*, vol. III, 1989

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *A Responsabilidade da Administração no Direito Português*, in Separata da FDUL, vol. XXV, 1973

ANDRADE, J.C. VIEIRA DE, *A Responsabilidade por Danos decorrentes do exercício da Função Administrativa na nova Lei sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual*, in RLJ, ano 137º, Coimbra, 2008

ANDRADE, J.C. VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, 4ªed., Coimbra, Almedina, 2009

ANDRADE, J.C. VIEIRA DE, *Panorama geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração em Portugal*, in La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 1999

BARRA, TIAGO VIANA, *A Responsabilidade Civil Administrativa do Estado*, Tese de mestrado, FDUL, 2011

BETTENCOURT, MARCUS VINICIUS CORRÊA, *Manual de Direito Administrativo*, Forum, 2010

BUSNELLI, FRANCESCO, *Nuove Frontiere della responsabilità civile*, in Letture di Diritto Civili (coord. Guido Alpa e Paolo Zatti), Padova, 1990

CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*, in Revista

do CEJ, n.º 11, 2009, p. 245 – 263.

CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas* – anotado, Coimbra, 2008

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa* – anotada, vol. I, 4ª ed., Coimbra, 2007

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, 1974

CATARINO, LUÍS, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça*, Coimbra, 1999

CAUPERS, JOÃO, *in* anotação ao ac. do TC nº 236/04, in CJA, nº 46, Julho/Agosto, 2004

COELHO, ANDRÉ DE AZEVEDO, *A Responsabilidade Civil extracontratual da Administração Pública nos sistemas jurídicos brasileiro e português – uma análise comparada*, Tese de mestrado em Ciências Jurídico – Políticas, FDUL, 2009

CONSTANT, BENJAMIN, *Cours de Politique Constitutionnelle*, I, Paris, 1861

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português – Direito das Obrigações*, vol. II, Tomo III, Coimbra, Livraria Almedina, 2010

CORREIA, MARIA LÚCIA C.A. AMARAL PINTO, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, 1998

CORTEZ, MARGARIDA, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado* (Trabalhos preparatórios da reforma), em BFDUC, Coimbra, 2000

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed. (revista e

actualizada), Coimbra, Almedina, 2009

DEGUERGUE, MARYSE, *Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du Droit de la Responsabilité Administrative*, Paris, LGDJ, 1994

DEVILLER, JACQUELINE MORAND-, *Cours de Droit Administratif* (Cours Thèmes de Réflexion – Commentaires d'arrêtés avec corrigés), 8ème edition, Paris, Montchrestien, 2003

EISENMANN, CHARLES, *Cours de Droit Administratif*, II, Paris, LGDJ, 1983

EISENMANN, CHARLES, *Sur le degré d'originalité du regime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques*, in *La semaine juridique*, 1, 751, 1949

FILHO, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO, *Curso de Direito Administrativo*, Atlas, 26ª ed., 2013

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS, *A Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*, Conselho Económico e Social, Lisboa, 1997

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO DIAS, *Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução*, Lisboa, 1994

GOMES, CARLA AMADO, *O novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, in «Três textos sobre o Novo Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas», AAFDL, 2008

GOMES, CARLA AMADO, *Textos dispersos sobre Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Lisboa, AAFDL, 2010

GONÇALVES, CUNHA, *A Responsabilidade da Administração Pública pelos Actos dos*

seus Agentes, Coimbra, 1905

JAENICKE, GUNTHER /PETER SELMER – *La responsabilità dello Stato per l' azione antigiuridica dei suoi organi nella Repubblica Federale Tedesca*, in Studi di Diritto Pubblico Comparato, IV – La responsabilità della Pubblica Amministrazione, Torino: UTET, 1976.

LAUDABÈRE, Andrés de, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, tome I, 5ª ed., Paris, LGDJ, 1990

MAQUIAVEL, NICOLAU, *O Príncipe* (trad. de *Il Príncipe* por António Simões do Paço), Edição Coisas de Ler, 2003

MEDEIROS, RUI, *Acções de Responsabilidade*, Cascais, Principia, 1999

MELO, MARTINHO NOBRE DE, *Teoria Geral da Responsabilidade do Estado – indemnização pelos danos causados no exercício das funções públicas*, Lisboa, Ferin, 1914

MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2009

MIRANDA, JORGE, *As Constituições Portuguesas* (De 1822 ao texto actual da Constituição), 5ª ed., Lisboa, Petrony, 2004

MIRANDA, JORGE/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra, 2005

MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – A Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro*, Lisboa, Abreu & Marques, Vinhas e Associados, 2008

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Tome Premier, Paris, Librairie Garnier Frères, 1927

MURBGNUG , REINHARD , *La responsabilità dello Stato per i, comportamento ilecito dei suoi organi nell' ordinamento della Repubblica Federale di Germania*, in FA, II, 1976

PAILLET, MICHEL, *La faute du service public en droit administratif français* (Préface de Jean-Marie Auby), Paris, Libraire Generalo de droit et de jurisprudence, 1979

PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI, *Direito Administrativo*, 13ªed., São Paulo, Atlas, 2001

QUADROS, FAUSTO DE, *Intervenção, in Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado – Trabalhos preparatórios da Reforma*, Coimbra, 2002

QUADROS, FAUSTO DE, *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2ªed., Coimbra, Almedina, 2004

QUEIROZ, ANDRÉA FERREIRA ARRUDA SEIXAS, *Responsabilidade do Estado por Atos Comissivos ou Omissivos de seus agentes (Extra – contratual)*, Tese de mestrado em Ciências Jurídicas, FDUL, 2011

RATO, ANTÓNIO ESTEVES FERMIANO, *Responsabilidade*, in Dicionário Jurídico da Administração Pública (Direcção de José Pedro Fernandes), Vol. VII, Lisboa, Edição de Autor, 1996

RICHER, LAURENT, *La faute du service dans la jurisprudence du Conseil d' Etat* (Préface de Jena-Louis de CORAIL, professeur à l'Université de Droit, d' Économie et des Sciences Sociales de Paris), Paris, Económica, 1978

SERRA, ADRIANO VAZ, *Responsabilidade Civil do Estado e dos seus órgãos ou agentes*, BMJ 85, pp. 446-518, 1959

SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2010

SILVA, JOSÉ LUÍS MOREIRA DA, *Da Responsabilidade Civil da Administração Pública por Actos Ilícitos*, in Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, coordenação de Fausto de Quadros, Coimbra, Almedina, 1995

SILVA, VASCO PEREIRA DA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2009

SOUSA, MARCELO REBELO DE/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Organização Administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo II, Lisboa, Dom Quixote, 2008

SOUSA, MARCELO REBELO DE/ANDRÉ SALGADO MATOS, *Responsabilidade Civil administrativa*, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Lisboa, Dom Quixote, 2008

VARELA, ANTUNES/PIRES DE LIMA, *Código Civil – anotado*, vol. I, Coimbra, Coimbra

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed. revista e actualizada (7ª reimp.), Coimbra, Almedina, 2010

WADE, WILLIAM/C.F. FORSITH – *Administrative Law*, 9ª edition, New York, Oxford University Press, 2004